(١كِتابُ العَارِيَّةِ١)

٤/٢٠٤و **٨٦١** – / مسألة ؛ قال : (**وَالْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ ، وإنْ لَمْ يَتَعَدَّ فِيهَا المُسْتَعِيرُ**)

العَارِيَّةُ : إبَاحَةُ الانْتِفَاعِ بِعَيْنٍ من أَعْيَانِ المالِ . مُشْتَقَّةٌ(٢) مِن عَارَ الشيءُ : إذا ذَهَبَ وجَاءَ. ومنه قِيلَ للبَطَّالِ : عَيَّارٌ ؛ لِتَرَدُّدِه فى بَطَالَتِه ، والعَرَبُ تقولُ : أَعَارَهُ ، وعَارَهُ . مثل أطَاعَهُ ، وطَاعَهُ . والأَصْلُ فيها الكِتَابُ والسُّنَّةُ والإِجْماعُ ؛ أَمَّا الكِتَابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾(٣) . رُوِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ وابنِ مَسْعُودٍ أَنَّهما قالا : العَوَارِىّ . وفَسَّرَها ابنُ مَسْعُودٍ ، فقال : القِدْرُ والمِيزَانُ والدَّلْوُ . وأَمَّا السُّنَّةُ ، فما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال فى خُطْبَةِ عَامِ حَجَّةِ الوَدَاعِ : « العَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ ، والدَّيْنُ مَقْضِىٌّ ، والمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، والزَّعِيمُ غَارِمٌ » . أخْرَجَهُ التِّرمِذِىُّ(٤) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . ورَوَى صَفْوَانُ بن أُمَيَّةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ اسْتَعَارَ منه أَدْرُعًا يَوْمَ حُنَيْنٍ ، فقال : أَغَصْبًا يا محمدُ ؟ قال : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ(٥) . وأَجْمَعَ المسلمون على جَوازِ العارِيَّةِ واسْتِحْبَابِها ، ولأنَّه لمَّا جَازَتْ هِبَةُ الأَعْيَانِ ، جَازَتْ هِبَةُ المَنَافِعِ ، ولذلك صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بالأَعْيَانِ والمَنَافِعِ جَمِيعا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ العَارِيَّةَ مَنْدُوبٌ إليها ، وليستْ واجِبَةً ، فى قولِ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ، وقيل : هى واجِبَةٌ ؛ للآيَةِ ، ولما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ(٦) النبىَّ ﷺ قالَ : « مَا مِنْ صَاحِبِ إبِلٍ لَا يُؤَدِّى حَقَّها » . الحَدِيث .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ا : « مشتق » .

(٣) سورة الماعون ٧ .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٧١ .

(٥) فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٥ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٠١ ، ٦ / ٤٦٥ .

(٦) فى م : « عن » .

قيل : يا رسُولَ اللهِ : وما حَقُّهَا ؟ قال : « إِعَارَةُ دَلْوِهَا ، وإِطْرَاقُ فَحْلِها ، ومِنْحَةُ لَبَنِها يَوْمَ وِرْدِهَا »[٧] . فذَمَّ اللهُ تعالى مانِعَ العَارِيَّةِ ، وتَوَعَّدَهُ رسولُ اللهِ ﷺ بما ذَكَر فى خَبَرِه . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « إِذَا أَدَّيْتَ زَكَاةَ مَالِكَ ، فَقَدْ قَضَيْتَ ما عَلَيْكَ » . رَوَاهُ ابن المُنْذِرِ[٨] . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنّه قال : « لَيْسَ فى الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ »[٩] . وفى حَدِيثِ الأَعْرَابِىِّ الذى سَأَل رسولَ اللهِ ﷺ : ماذا فَرَضَ اللهُ عَلَىَّ من الصَّدَقَةِ ؟ قال : « الزَّكَاة » . فقال : هل عَلَىَّ غيرُها ؟ قال : « لَا ، إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ شَيْئًا »[١٠] . أو كما قال . والآية فَسَّرَها ابنُ عمرَ والحسنُ البَصْرِىُّ بالزَّكَاةِ ، وكذلك زَيْدُ بن أَسْلَمَ . وقال عِكْرِمَةُ : إذا جَمَعَ ثَلَاثَتَها فله الوَيْلُ ، إذا سَهَا عن الصَّلَاةِ ، ورَاءَى ، ومَنَعَ الماعُونَ . ويَجِبُ رَدُّ العارِيَّةِ إن كانت باقِيَةً . بغيرِ خِلَافٍ . ويَجِبُ ضَمَانُها إذا كانت تَالِفَةً ، تَعَدَّى فيها المُسْتَعِيرُ أو لم يَتَعَدَّ . رُوِىَ ذلك عن[١١] ابنِ عَبَّاسٍ وأبى هُرَيْرَةَ . وإليه ذَهَبَ عَطَاءٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ . وقال الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، وعمرُ بن عبد العَزِيزِ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ : هى أَمَانَةٌ لا يَجِبُ ضَمَانُها إِلَّا بالتَّعَدِّى ؛ لما رَوَى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبِيهِ ، عن جَدِّه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ غَيْرُ المُغِلِّ[١٢] ، ضَمَانٌ »[١٣] . ولأنَّه قَبَضَها بإِذْنِ

---

(٧) أخرجه مسلم ، فى : باب إثم مانع الزكاة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٦٨٤ ، ٦٨٥ . والنسائى ، فى : باب مانع زكاة البقر ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ١٨ . والدارمى ، فى : باب من لم يؤد زكاة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١ / ٣٧٩ ، ٣٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٢١ . ولم يروه أحد من أصحاب هذه المصادر عن أبى هريرة بهذا اللفظ إنما رووه عن جابر بن عبد الله . وانظر مصنف عبد الرزاق ٤ / ٢٦ – ٣٠ . والفتح الربانى ٨ / ١٩٨ ، ١٥ / ١٢٨ ، ١٢٩ . وإرواء الغليل ٥ / ٣٤٦ ، ٣٤٧ .

(٨) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء إذا أديت الزكاة فقد قضيت ما عليك ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣ / ٩٧ . وابن ماجه ، فى : باب ما أدى زكاته ليس بكنز ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١ / ٥٧٠ .

(٩) تقدم تخريجه فى : ٤ / ٧ .

(١٠) تقدم تخريجه فى : ٢ / ٧ .

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) المغل : الخائن .

(١٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال لا يغرم ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦ / ٩١ . وعبد الرزاق ، فى : =

مَالِكِها ، فكانت أمَانَةً ، كالوَدِيعَةِ . قالوا : وقولُ النبيِّ ﷺ : « العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ » . يَدُلُّ
٢٠٤/٤ظ على أنَّها أمَانَةٌ ، لقولِ اللهِ تعالى / : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَانَاتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾[14] . ولَنا ، قولُ النبىّ ﷺ ، فى حَدِيثِ صَفْوَانَ : « بل عَارِيَّةٌ مَضْمُونَة » . ورَوَى الحَسَنُ ، عن سَمُرَةَ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « عَلَى اليَدِ مَا أخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِىُّ[15] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . ولأنَّه أخَذَ مِلْكَ غيرِه لِنَفعِ نَفْسِه ، مُنْفَرِدًا بِنَفْعِه من غيرِ[16] اسْتِحْقَاقٍ ، ولا إذْنٍ فى الإتْلَافِ ، فكان مَضْمُونًا كالغَصْبِ[17] ، والمَأْخُوذِ على وَجْهِ السَّوْمِ . وحَدِيثُهُم يَرْوِيهِ عُمَرُ بن عبد الجَبَّارِ ، عن عُبَيْدِ بن حَسَّانٍ ، عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ ، وعُمَرُ وعُبَيْدٌ ضَعِيفَانِ . قالَه الدَّارَقُطْنِىُّ . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرَادَ ضَمَانَ المَنَافِعِ والأجْزَاءِ ، وقِيَاسُهم مَنْقُوضٌ بالمَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ .

فصل : وإن شَرَطَ نَفْىَ الضَّمَانِ ، لم يَسْقُطْ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ : يَسْقُطُ . قال أبو الخَطَّابِ . أَوْمَأَ إليه أحمدُ . وهو قولُ قَتَادَةَ والعَنْبَرِىِّ ؛ لأنَّه لو أَذِنَ فى إتْلَافِها لم يَجِبْ ضَمَانُها ، فكذلك إذا أسْقَطَ عنه ضَمَانَها . وقيل : بل مذهبُ قَتَادَةَ والعَنْبَرِىِّ ، أنَّها لا تُضْمَنُ إلَّا أن يَشْتَرِطَ ضَمَانَها فيَجِبُ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ لِصَفْوَانَ : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَة » . ولَنا ، أنَّ كلَّ عَقْدٍ اقْتَضَى الضَّمَانَ ، لم يُغَيِّرْهُ الشَّرْطُ ، كالمَقْبُوضِ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ أو فاسِدٍ ، وما اقْتَضَى الأمَانَةَ ، فكذلك ، كالوَدِيعَةِ

= باب العارية ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ١٧٨ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٤١ .

(١٤) سورة النساء ٥٨ .

(١٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب العارية ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٢ . والدارمى ، فى : باب فى العارية مؤداة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٨ ، ١٢ .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى ا ، ب ، م : « كالغاصب » .

والشَّرِكَةِ والمُضَارَبةِ ، والذى كان مِن النبىِّ ﷺ إِخْبارٌ بصِفَةِ العاريَّةِ وحُكْمِهَا . وفارَقَ ما إذا أُذِنَ فى الإِتْلَافِ ، فإِنَّ الإِتْلافَ فِعْلٌ يَصِحُّ الإِذْنُ فيه ، ويَسْقُطُ حُكْمُه ، إذْ لا يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ مع الإِذْنِ فيه ، وإسْقاطُ الضَّمانِ هٰهُنا نَفْىٌ لِلْحُكْمِ مع وُجُودِ سَبَبِه ، وليس ذلك لِلْمالِكِ ، ولا يَمْلِكُ الإِذْنَ فيه .

فصل: وإذا انْتَفَعَ بها ، ورَدَّهَا على صِفَتِها ، فلا شىءَ عليه ؛ لأَنَّ المَنَافِعَ مَأْذُونٌ فى إِتْلَافِهَا ، فلا يَجِبُ عِوَضُها . وإن تَلِفَ شىءٌ من أَجْزائِها التى لا تَذْهَبُ بالاسْتِعْمالِ ، فعليه ضَمَانُها ؛ لأَنَّ ما ضُمِنَ جُمْلَتُه ضُمِنَتْ أَجْزاؤُه ، كالمَغْصُوبِ . وأَمَّا أَجْزاؤُها التى تَذْهَبُ بالاسْتِعْمالِ ، كخَمْلِ[18] المِنْشَفَةِ والقَطِيفَةِ ، وخُفِّ الثَّوْبِ يَلْبَسُهُ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يَجِبُ ضَمَانُه ؛ لأَنَّها أَجْزاءُ عَيْنٍ مَضْمُونَةٌ ، فكانت مَضْمُونَةً ، كما لو كانت مَغْصُوبَةً ، ولأَنَّها أَجْزاءٌ يَجِبُ ضَمَانُها لو تَلِفَتِ العَيْنُ قبلَ اسْتِعْمالِها ، فَتُضْمَنُ إذا تَلِفَتْ وَحْدَها ، كسائِرِ الأَجْزاءِ . والثانى ، لا يَضْمَنُها . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ الإِذْنَ فى الاسْتِعْمالِ تَضَمَّنَهُ ، فلا يَجِبُ ضَمَانُه ، كالمَنَافِعِ ، وكما لو أَذِنَ فى إِتْلَافِهَا صَرِيحًا . وفارَقَ ما إذا تَلِفَتِ العَيْنُ قبلَ اسْتِعْمَالِها ؛ لأَنَّه لا يُمْكِنُ تَمْيِيزُها من العَيْنِ ، ولأَنَّه إنَّما أَذِنَ فى إِتْلَافِها على وَجْهِ الانْتِفاعِ ، فإذا تَلِفَتْ[19] قبلَ ذلك فقد تَلِفَتْ[20] على غيرِ الوَجْهِ الذى أَذِنَ فيه ، فضَمِنَها ، كما لو أَجَرَ العَيْنَ المُسْتَعارَةَ ، فإنَّه يَضْمَنُ مَنَافِعَها . فإذا قُلْنا : لا يَضْمَنُ الأَجْزاءَ . فتَلِفَتِ العَيْنُ بعد ذَهَابِها بالاسْتِعْمالِ ، فإنَّها تُقَوَّمُ حالَ التَّلَفِ ؛ لأَنَّ الأَجْزاءَ التالِفَةَ تَلِفَتْ غيرَ مَضْمُونَةٍ ، لكَوْنِها مَأْذُونًا فى إِتْلَافِها ، فلا يجوزُ تَقْوِيمُها عليه . وإن قُلْنا : يَجِبُ ضَمَانُ الأَجْزاءِ .
٢٠٥/٤ و قُوِّمَتِ العَيْنُ قبلَ تَلَفِ أَجْزائِها . / وإن تَلِفَتِ العَيْنُ قبلَ ذَهَابِ أَجْزائِها . ضَمِنَها كلَّها بأَجْزائِها . وكذلك لو تَلِفَتِ الأَجْزاءُ باسْتِعْمالٍ غيرِ مَأْذُونٍ فيه ، مثل أن يُعِيرَه ثَوْبًا

---

(١٨) خمل المنشفة : هدبها .

(١٩) فى م زيادة : « العين » .

(٢٠) فى الأصل ، ا ، م : « فاتت » .

لِيَلْبَسَهُ ، فحَمَلَ فيه تُرَابًا ، فإنَّه يَضْمَنُ نَقْصَهُ ومَنَافِعَه ؛ لأنَّه تَلِفَ بِتَعَدِّيه . وإن تَلِفَ بغير تَعَدٍّ منه(٢١) ولا اسْتِعْمَالٍ ، كتَلَفِهَا لِطُولِ الزَّمَانِ عليها ، ووُقُوعِ نارٍ عليها ، فيَنْبَغِى أن يَضْمَنَ ما تَلِفَ منها بالنَّارِ ونحوِها ؛ لأنَّه تَلَفٌ لم يَتَضَمَّنْهُ(٢٢) الاسْتِعْمالُ المَأْذُونُ فيه ، فأَشْبَهَ تَلَفَها بِفِعْلٍ غيرِ مَأْذُونٍ فيه . وما تَلِفَ بمُرُورِ الزَّمَانِ عليه ، يكونُ حُكْمُه حُكْمَ ما تَلِفَ بالاسْتِعْمالِ ؛ لأنَّه تَلِفَ بالإِمْسَاكِ المَأْذُونِ فيه ، فأشْبَهَ تَلَفَهُ بالفِعْلِ المَأْذُونِ فيه .

فصل : فأمَّا وَلَدُ العَارِيَّةِ ، فلا يَجِبُ ضَمَانُه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه لم يَدْخُلْ فى الإِعَارَةِ ، فلم يَدْخُلْ فى الضَّمَانِ ، ولا فائِدَةَ لِلْمُسْتَعِيرِ فيه ، فأشْبَهَ الوَدِيعَةَ ، ويَضْمَنُه فى الآخَرِ ؛ لأنَّه وَلَدُ عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، فيُضْمَنُ ، كوَلَدِ المَغْصُوبةِ . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فإنَّ وَلَدَ المَغْصُوبةِ لا يضْمَنُ إذا لم يكُنْ مَغْصُوبًا . وكذلك وَلَدُ العارِيَّةِ إذا لم يُوجَدْ مع أُمِّهِ . وإنَّما يُضْمَنُ وَلَدُ المَغْصُوبَةِ إذا كان مَغْصُوبًا ، فلا أثَرَ لِكَوْنِه وَلَدًا لها .

فصل : ويَجِبُ ضَمَانُ العَيْنِ بِمِثْلِها إن كانتْ من ذَوَاتِ الأَمْثَالِ ، فإن لم تَكُنْ مِثْلِيَّةً ، ضَمِنَها بِقِيمَتِها يومَ تَلَفِها ، إلَّا على الوَجْهِ الذى يَجِبُ فيه ضَمانُ الأَجْزاءِ التَّالِفَةِ بالانْتِفَاعِ المَأْذُونِ فيه ، فإنَّه يَضْمَنُها بِقِيمَتِها(٢٣) قبلَ تَلَفِ أَجْزائِها ، إن كانت قِيمَتُها حِينَئِذٍ أَكْثَرَ ، وإن كانتْ أقَلَّ ، ضَمِنَها بِقِيمَتِها يومَ تَلَفِها ، على الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا .

فصل : وإن كانت العَيْنُ باقِيَةً ، فعَلَى المُسْتَعِيرِ رَدُّهَا إلى المُعِيرِ أو وَكِيلِه فى قَبْضِها ، ويَبْرَأُ ذلك من ضَمَانِها . وإن رَدَّها إلى المَكَانِ الذى أخَذَهَا منه ، أو إلى مِلْكِ صَاحِبِها ، لم يَبْرَأْ من ضَمَانِها . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفَةَ : يَبْرَأُ ؛ لأنَّها صَارَتْ كالمَقْبُوضَةِ ، فإنَّ رَدَّ العَوَارِىِّ فى العَادَةِ يَكونُ إلى أَمْلَاكِ أَرْبَابِها ، فيكونُ مَأْذُونًا

---

(٢١) فى الأصل : « تعديه » .

(٢٢) فى الأصل : « يتضمن » .

(٢٣) سقط من : ب .

فيه من طَرِيقِ العادَةِ . ولَنا ، أنَّه لم يَرُدَّهَا إلى مَالِكِها ، ولا نَائِبه فيها ، فلم يَبْرَأْ منها كما لو دَفَعَها إلى أَجْنَبِيٍّ . وما ذَكَرَهُ يَبْطُلُ بالسَّارِقِ إذا رَدَّ المَسْرُوقَ إلى الحِرْزِ ، ولا تُعْرَفُ العَادَةُ التى ذَكَرَها . وإن رَدَّهَا إلى مَنْ جَرَتْ عَادَتُه بِجَرَيانِ ذلك على يَدَيْه ، كَزَوْجَتِه المُتَصَرِّفَةِ فى مالِه ، ورَدِّ الدَّابَّةِ إلى سَائِسِها ، فقِيَاسُ المَذْهَبِ أنَّه يَبْرَأُ . قالَه القاضى ؛ لأنَّ أحمدَ قال فى الوَدِيعَةِ : إذا سَلَّمَها المُودِعُ إلى امْرأتِه ، لم يَضْمَنْها . ولأنَّه مَأْذُونٌ فى ذلك عُرْفًا ، أشْبَهَ ما لو أُذِنَ فيه نُطْقًا . ومُؤْنَةُ الرَّدِّ على المُسْتَعِيرِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « العَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ » . وقوله : « عَلَى اليَدِ ما أَخَذَتْ حتى تُؤَدِّيَهُ »(٢٤) . وعليه رَدُّها إلى المَوْضِعِ الذى أخَذَها منه ؛ إلَّا أن يَتَّفِقَا على رَدِّها إلى غيرِه ؛ لأنَّ ما وَجَبَ رَدُّهُ ، لَزِمَ رَدُّه إلى مَوْضِعِه ، كالمَغْصُوبِ .

/ **فصل** : ولا تَصِحُّ العارِيَّةُ إلَّا من جائِزِ التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى المالِ ، فأشْبَهَ التَّصَرُّفَ بالبَيْعِ . وتُعْقَدُ بكلِّ فِعْلٍ أو لَفْظٍ يَدُلُّ عليها ، مثل قوله : أعَرْتُكَ هذا . أو يَدْفَعُ إليه شيئا ، ويقول : أبَحْتُكَ الانْتِفَاعَ به . أو خُذْ هذا فانْتَفِعْ به . أو يقول : أَعِرْنِى هذا . أو أَعْطِنِيه أرْكَبْه أو أَحْمِلْ عليه . ويُسَلِّمُه إليه . وأشْبَاه هذا ؛ لأنَّه إبَاحَةٌ لِلتَّصَرُّفِ ، فصَحَّ بالقولِ والفِعْلِ الدَّالِّ عليه ، كإبَاحَةِ الطَّعَامِ بِقَوْلِه وتَقْدِيمِه إلى الضَّيْفِ . ٢٠٥/٤ظ

فصل : وتجوزُ إعَارَةُ كلِّ عَيْنٍ يُنْتَفَعُ بها مَنْفَعَةً مُبَاحَةً مع بَقَائِها على الدَّوَامِ ، كالدُّورِ ، والعَقَارِ ، والعَبِيدِ ، والجَوَارِى ، والدَّوَابِّ ، والثِّيَابِ ، والحَلْىِ لِلُّبْسِ ، والفَحْلِ لِلضِّرَابِ ، والكَلْبِ للصَّيْدِ ، وغيرِ ذلك ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ اسْتَعَارَ أَدْرُعًا(٢٥) ، وذَكَرَ إعَارَةَ دَلْوِهَا وفَحْلِها . وذَكَرَ ابنُ مَسْعُودٍ عَارِيَّةَ القِدْرِ والمِيزَانِ ، فيَثْبُتُ الحُكْمُ فى هذه الأشْيَاءِ ، وما عداها مَقِيسٌ عليها إذا كان فى مَعْناها . ولأنَّ ما جَازَ لِلْمالِكِ اسْتِيفَاؤُه

---

(٢٤) فى الأصل : « ترده » . وتقدم فى أول الباب .

(٢٥) فى الأصل : « أدراعا » .

من المَنَافِعِ ، مَلَكَ إِبَاحَتَهُ إذا لم يَمْنَعْ منه مانِعٌ كالثِّيابِ . ولأنَّها أَعْيَانٌ تجوزُ إجارَتُها ، فجازَتْ إعارَتُها ، كالثِّيابِ . ويجوزُ اسْتِعَارَةُ الدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيرِ لِيَزِنَ بها ، فإن اسْتَعَارَها لِيُنْفِقَها ، فهذا قَرْضٌ . وهذا قولُ أصْحَابِ الرَّأْيِ . وقيل : ليس هذا جَائِزًا ، ولا تكون العَارِيَّةُ فى الدَّنَانِيرِ ، وليس له أن يَشْتَرِىَ بها شيئا . ولَنا ، أنَّ هذا مَعْنَى القَرْضِ ، فانْعَقَدَ القَرْضُ به ، كما لو صَرَّحَ به .

فصل : ولا تَجُوزُ إعَارَةُ العَبْدِ المُسْلِمِ لِكَافِرٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ تَمْكِينُه من اسْتِخْدامِه ، فلم تَجُزْ إعَارَتُه لذلك ، ولا إعَارَةُ الصَّيْدِ لِمُحْرِمٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له(٢٦) إمْسَاكُه ، ولا إعَارَةُ المَرْأَةِ الجَمِيلَةِ لِرَجُلٍ غيرِ مَحْرَمِها ، إن كان يَخْلُو بها ، أو يَنْظُرُ إليها ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ عليها . وتجوزُ إعارَتُها لِامْرَأَةٍ ولذى مَحْرَمِها . ولا تَجُوزُ إعَارَةُ العَيْنِ لِنَفْعٍ مُحَرَّمٍ ، كإعَارَةِ الدّارِ لمن يَشْرَبُ فيها الخَمْرَ ، أو يَبِيعُه فيها ، أو يَعْصِى اللهَ تعالى فيها ، ولا إعارَةُ عَبْدِه للزَّمْرِ ، أو لِيَسْقِيَهُ الخَمْرَ ، أو يَحْمِلَها له ، أو يَعْصِرَها ، أو نحو ذلك . ويُكْرَهُ أن يَسْتَعِيرَ وَالِدَيْه لِخِدْمَتِه ؛ لأنَّه يُكْرَهُ له اسْتِخْدَامُهُما ، فكُرِه اسْتِعَارَتُهما لذلك .

فصل : وتجوزُ الإعَارَةُ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا ؛ لأنَّها إبَاحَةٌ ، فجازَ فيها ذلك ، كإبَاحَةِ الطَّعَامِ . ولأنَّ الجَهَالَةَ إنَّما تُؤَثِّرُ فى العُقُودِ اللَّازِمَةِ ، فإذا أعَارَهُ شَيْئًا مُطْلَقًا ، أُبِيحَ له الانْتِفَاعُ به فى كل ما هو مُسْتَعِدٌّ له من الانْتِفَاعِ(٢٧) . فإذا أعَارَهُ أَرْضًا مُطْلَقًا ، فله أن يَزْرَعَ فيها ، ويَغْرِسَ ، ويَبْنِىَ ، ويَفْعَلَ فيها كلَّ ما هى مُعَدَّةٌ له من الانْتِفَاعِ ؛ لأنَّ الإِذْنَ مُطْلَقٌ . وإن أعَارَهُ لِلغِرَاسِ أو لِلْبِنَاءِ ، فلـه أن يَزْرَعَ فيها ما شَاءَ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُ دون ضَرَرِهما ، فكأنَّه اسْتَوْفَى بعضَ ما أَذِنَ له فيه . وإن اسْتَعَارَها لِلزَّرْعِ ، لم يَغْرِسْ ، ولم يَبْنِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهما أَكْثَرُ ، فلم يكُنِ الإذْنُ فى القَلِيلِ إذْنًا فى الكَثِيرِ . وإن اسْتَعارَها لِلْغِرَاسِ ، أو لِلْبِنَاءِ ، مَلَكَ المَأْذُونَ فيه منهما دون الآخَرِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهما مُخْتَلِفٌ . فإنَّ

---

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) فى م زيادة : « به » .

ضَرَرَ الغِرَاسِ فى باطِنِ الأَرْضِ لِانْتِشَارِ العُرُوقِ فيها ، وضَرَرَ البِنَاءِ فى ظَاهِرِهَا ، فلم يكُنِ الإِذْنُ فى أحَدِهما إذْنًا فى الآخَرِ . وإن اسْتَعَارَها لِزَرْعِ الحِنْطَةِ ، فله زَرْعُها وزَرْعُ ما هو أقَلُّ ضَرَرًا منها ، كالشَّعِيرِ والبَاقِلَّا / والعَدَسِ ، وله زَرْعُ ما ضَرَرُه كضَرَرِ الحِنْطَةِ ؛ لأنَّ الرِّضَى بزِرَاعَةِ شىءٍ رِضًى بِضَرَرِهِ ، وما هو دونه ، وليس له زَرْعُ ما هو أكْثَرُ ضَرَرًا منه ، كالذُّرَةِ والدُّخْنِ والقُطْنِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُ أكثَرُ . وحُكْمُ إباحَةِ الانْتِفَاعِ فى العَارِيَّةِ ، كحُكْمِ الانْتِفَاعِ فى الإِجَارَةِ فيما له أن يَسْتَوْفِيَهُ ، وما يُمْنَعُ منه . وسَنَذْكُرُ فى الإِجَارَةِ تَفْصِيلَ ذلك ، إن شاءَ اللهُ تعالى . وإن أذِنَ له فى زَرْعِ مَرَّةٍ ، لم يكُنْ له أن يَزْرَعَ أكْثَرَ منها . وإنْ أَذِنَ له فى غَرْسِ شَجَرَةٍ فانْقَلَعَتْ ، لم يكُنْ له غَرْسُ أُخْرَى ، وكذلك إن أَذِنَ له فى وَضْعِ خَشَبَةٍ[28] على حائِطٍ فانْكَسَرَتْ ، لم يَمْلِكْ وَضْعَ أُخْرَى ؛ لأنَّ الإِذْنَ إذا اخْتَصَّ بشىءٍ لم يَتَجاوَزْهُ . ٢٠٦/٤ و

فصل : وإن[29] اسْتَعارَ شَيْئًا ، فله اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَتِه بِنَفْسِه وبوَكِيلِه ؛ لأنَّ وَكِيلَه نائِبٌ عنه ، ويَدُه كيَدِه . وليس له أن يُؤْجِرَهُ ؛ لأنَّه لم يَمْلِكِ المَنَافِعَ ، فلا يَصِحُّ أن يُمَلِّكَها . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . ولا خِلافَ بينهم أن المُسْتَعِيرَ لا يَمْلِكُ العَيْنَ . وأَجْمَعُوا على أنَّ لِلْمُسْتَعِيرِ اسْتِعْمَالَ المُعَارِ فيما أُذِنَ له فيه ، وليس له أن يُعِيرَه غيرَه . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشّافِعِىِّ . وقالُوا فى الآخَرِ : له ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه يُمَلِّكُه على حَسَبِ ما مَلَكَه ، فجازَ كما لِلْمُسْتَأْجِرِ أن يُؤْجِرَ . قال أصْحَابُ الرَّأْىِ : إذا اسْتَعارَ ثَوْبًا لِيَلْبَسَهُ هو ، فأَعْطاهُ غيرَه ، فلَبِسَه ، فهو ضَامِنٌ . وإن لم يُسَمِّ من يَلْبَسُه ، فلا ضَمَانَ عليه . وقال مالِكٌ : إذا لم يَعْمَلْ بها إلَّا الذى كان يَعْمَلُ بها الذى أُعِيرَها ، فلا ضَمَانَ عليه . ولَنا ، أنَّ العارِيَّةَ إباحَةُ المَنْفَعَةِ ، فلم يَجُزْ أن يُبِيحَها غيره كإِبَاحَةِ[30] الطَّعَامِ . وفارَقَ الإِجارَةَ ؛ لأنَّه مَلَكَ الانْتِفَاعَ على كل وَجْهٍ ، فمَلَكَ أن

---

(٢٨) فى ا ، ب ، م : « خشبته » .

(٢٩) فى ا ، ب : « ومن » .

(٣٠) فى ب : « وكإباحة » .

يُمَلِّكَها ، وفى العَارِيَّةِ لم يَمْلِكْها ، إنَّما مَلَكَ اسْتِيفَاءَها على وَجْهِ ما أُذِنَ له ، فأَشْبَه من أُبيحَ له أَكْلُ الطَّعَامِ . فعلى هذا ، إن أعَارَ فلِلْمالِكِ الرُّجُوعُ بأَجْرِ المِثْلِ ، وله أن يُطَالِبَ مَن شَاءَ منهما ؛ لأنَّ الأَوَّلَ سَلَّطَ[31] غيرَه على أخْذِ مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، والثانى اسْتَوْفَاهُ بغير إذْنِه ، فإن ضَمِنَ الأَوَّلُ رَجَعَ على الثانِى ؛ لأنَّ الاسْتِيفَاءَ حَصَلَ منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ، وإن ضَمِنَ الثانى لم يَرْجِعْ على الأَوَّلِ ، إلَّا أن يكونَ الثانِى لم يَعْلَمْ بحَقِيقَةِ الحالِ ، فيَحْتَمِلُ أن يَسْتَقِرَّ الضَّمَانُ على الأَوَّلِ ؛ لأنَّه غَرَّ الثانى ، ودَفَعَ إليه العَيْنَ على أنَّه يَسْتَوْفِى مَنَافِعَها بغير عِوَضٍ . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ فى يَدِ الثانى ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه قَبَضَها على أن تكونَ مَضْمُونَةً عليه ، فإن رَجَعَ على الأَوَّلِ ، رَجَعَ الأَوَّلُ على الثانى ، وإن رَجَعَ على الثانى ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ .

فصل : وإن أعَارَهُ شيئا ، وأُذِنَ له فى إجَارَتِه مُدَّةً مَعْلُومةً ، أو فى إعَارَتِه مُطْلَقًا ، أو مُدَّةً ، جازَ ، لأنَّ الحَقَّ لمَالِكِه ، فجَازَ ما أُذِنَ فيه . وليس له الرُّجُوعُ بعد عَقْدِ الإجَارَةِ حتى يَنْقَضِيَ ؛ لأنَّ عَقْدَ الإجَارَةِ لازِمٌ ، وتكونُ العَيْنُ مَضْمُونَةً على المُسْتَعِيرِ ، غيرَ مَضْمُونَةٍ على المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الإجارَةِ لا يُوجِبُ ضَمَانًا . وإن أجَرَه بغيرِ إذْنٍ ، لم تَصِحَّ الإجَارَةُ ، ويكونُ على المُسْتَأْجِرِ الضَّمَانُ ، ولِلْمالِكِ تَضْمِينُ مَن شَاءَ منهما ، على ما ذَكَرْناهُ فى العَارِيَّةِ .

٤/٢٠٦ظ **فصل** : ويجوزُ أن يَسْتَعِيرَ عَبْدًا لِيَرْهَنَه . / قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعُوا على أنَّ الرَّجُلَ إذا اسْتَعارَ من الرَّجُلِ شيئا يَرْهَنُه عندَ رَجُلٍ ، على شيءٍ مَعْلُومٍ ، إلى وَقْتٍ مَعْلُومٍ ، فرَهَنَ ذلك على ما أُذِنَ له فيه ، أنَّ ذلك جائِزٌ ؛ وذلك لأنَّه اسْتَعارَهُ لِيَقْضِيَ به حاجَتَهُ ، فصَحَّ ، كسائِرِ العَوَارِى . ولا يُعْتَبَرُ العِلْمُ بقَدْرِ الدَّيْنِ وجِنْسِه ؛ لأنَّ العَارِيَّةَ لا يُعْتَبَرُ فيها العِلْمُ . وبهذا قال أبو ثَوْرٍ ، وأَصْحَابُ الرَّأْىِ . وقال الشَّافِعِىُّ : يُعْتَبَرُ ذلك ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَخْتَلِفُ بذلك . ولَنا ، أنَّها عَارِيَّةٌ لِجِنْسٍ من النَّفْعِ ، فلم تُعْتَبَرْ مَعْرِفَةُ قَدْرِه ، كعَارِيَّةِ

---

(٣١) فى الأصل ، م : « سلطه » .

الأَرْضِ لِلزَّرْعِ . ولا يَصِيرُ المُعِيرُ ضَامِنًا لِلدَّيْنِ . وقال الشّافِعِيُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : يَصِيرُ ضَامِنًا له[٣٢] فى رَقَبَةِ عَبْدِه ؛ لأَنَّ العَارِيَّةَ ما يُسْتَحَقُّ به مَنْفَعَةُ العَيْنِ ، والمَنْفَعَةُ هـٰهُنا لِلْمَالِكِ ، فدَلَّ على أنّه ضَمَانٌ . ولَنا ، أنّه أعَارَهُ لِيَقْضِيَ منه حَاجَتَهُ ، فلم يكُنْ ضَامِنًا ، كسَائِرِ العَوَارِى ، وإنّما يَسْتَحِقُّ بالعَارِيَّةِ النَّفْعَ المَأْذُونَ فيه ، وما عَداهُ من النَّفْعِ فهو لِمَالِكِ العَيْنِ . وإن عَيَّنَ المُعِيرُ قَدْرَ الدَّيْنِ الذى يَرْهَنُه به وجِنْسَه ، أو مَحلًّا ، تَعَيَّنَ ؛ لأَنَّ العارِيَّةَ تَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ ، فإن خَالَفَه فى الجِنْسِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنّه عَقْدٌ لم يَأْذَنْ له فيه ، أشْبَهَ ما لو لم يَأْذَنْ فى رَهْنِه . وكذلك إذا أَذِنَ له فى مَحلٍّ ، فخَالَفَهُ فيه ؛ لأنّه إذا أَذِنَ له فى رَهْنِه بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ ، فرَهَنَهُ بِحَالٍّ ، فقد لا يَجِدُ ما يَفُكُّه به فى الحال ، وإن أَذِنَ فى رَهْنِه بحَالٍّ ، فرَهَنَهُ بمُؤَجَّلٍ ، فلم يَرْضَ أن يُحَالَ بينه وبين عَبْدِه إلى أجَلٍ ، لم يَصِحَّ . وإن رَهَنَهُ بأَكْثَرَ ممَّا قَدَّرَه له ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ مَن رَضِيَ بِقَدْرٍ من الدَّيْنِ لم[٣٣] يَلْزَمْ أن يَرْضَى بأَكْثَرَ منه . وإن رَهَنَهُ بأَنْقَصَ منه ، جَازَ ؛ لأَنَّ مَن رَضِيَ بعَشَرَةٍ ، رَضِيَ بما دُونَها عُرْفًا ، فأَشْبَهَ من أُمِرَ بِشِرَاءِ شيءٍ بِثَمَنٍ ، فاشْتَرَاهُ بدُونِه . ولِلْمُعِيرِ مُطَالَبَةُ الرَّاهِنِ بِفكَاكِ الرَّهْنِ فى الحالِ ، سواءٌ كان بِدَيْنٍ حَالٍّ أو مُؤَجَّلٍ ؛ لأَنَّ لِلْمُعِيرِ الرُّجُوعَ فى العَارِيَّةِ متى شَاءَ . وإن حَلَّ الدَّيْنُ ، فلم يَفُكَّه الرَّاهِنُ ، جَازَ بَيْعُه فى الدَّيْنِ ؛ لأَنَّ ذلك مُقْتَضَى الرَّهْنِ ، فإذا بِيعَ فى الدَّيْنِ ، أو تَلِفَ ، رَجَعَ السَّيِّدُ على الرّاهِنِ بِقيمَتِه ؛ لأَنَّ العارِيَّةَ تُضْمَنُ بِقِيمَتِها . وإن تَلِفَ بغير تَفْرِيطٍ ، فلا شيءَ على المُرْتَهِنِ ؛ لأَنَّ الرَّهْنَ لا يُضْمَنُ من غيرِ تَعَدٍّ . وإن اسْتَعارَ عَبْدًا من رَجُلَيْنِ ، فرَهَنَهُ بمائةٍ ، ثم قَضَى خَمْسِينَ ، على أن تَخْرُجَ حِصَّةُ أحَدِهِما ، لم تَخْرُجْ ؛ لأنَّه رَهَنَهُ بجَمِيعِ الدَّيْنِ فى صَفْقَةٍ ، فلا يَنْفَكُّ بعضُه بِقَضَاءِ بعضِ الدَّيْنِ ، كما لو كان العَبْدُ لِوَاحِدٍ .

فصل : وتجوزُ العارِيَّةُ مُطْلَقَةً ومُؤَقَّتَةً ؛ لأنَّها إبَاحَةٌ ، فأَشْبَهَتْ إبَاحَةَ الطَّعَامِ .

---

(٣٢) سقط من : الأصل .

(٣٣) فى الأصل : « لا » .

ولِلْمُعيرِ الرُّجُوعُ فى العارِيَّةِ أىَّ وَقْتٍ شاءَ ، سواءٌ كانت مُطْلَقَةً أو مُؤَقَّتَةً ، ما لم يَأْذَنْ فى شَغْلِه بشىءٍ يَتَضَرَّرُ بالرُّجُوعِ فيه . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشَّافِعِىُّ ، وقال مالِكٌ : إن كانت مُؤَقَّتةً ، فليس له الرُّجُوعُ قبلَ الوَقْتِ ، وإن لم تُوَقَّتْ له مُدَّة ، لَزِمَهُ تَرْكُه مُدَّةً يُنْتَفَعُ بها فى مِثْلِها ؛ لأنَّ المُعيرَ قد مَلَّكَهُ المَنْفَعَةَ فى[٣٤] مُدَّةٍ ، وصارَتِ العَيْنُ فى يَدِه بعَقْدٍ مُبَاحٍ ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيها بغيرِ اخْتِيَارِ المالِكِ ، كالعَبْدِ المُوصَى بِخِدْمَتِه والمُسْتَأْجَرِ . ولَنا ، أنَّ المَنافِعَ المُسْتَقْبَلَةَ لم تَحْصُلْ فى يَدِه ، فلم يَمْلِكْها بالإِعارَةِ ، كما لو لم تَحْصُلِ العَيْنُ فى يَدِه ، وأمَّا العَبْدُ المُوصَى بخِدْمَتِه ، فَلِلْمُوصِى الرُّجُوعُ ، ولم يَمْلِكِ الوَرَثَةُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ التَّبَرُّعَ من غَيرِهم . وأمَّا المُسْتَأْجَرُ ، فإنه مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فيَلْزَمُ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنا . ويجوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ الرَّدُّ متى شاءَ . بغيرِ خِلَافٍ / ٤/٢٠٧و
نَعْلَمُه ؛ لأنَّه إباحَةٌ ، فكانَ لِمَنْ أُبِيحَ له تَرْكُه ، كإِبَاحَةِ الطَّعَامِ .

فصل : وإذا أَطْلَقَ المُدَّةَ فى العارِيَّةِ ، فله أن يَنْتَفِعَ بها ما لم يَرْجِعْ . وإنْ وَقَّتَها ، فله أن يَنْتَفِعَ ما لم يَرْجِعْ ، أو يَنْقَضِىَ الوَقْتُ ؛ لأنَّه اسْتَباحَ ذلك بالإِذْنِ ، ففيما عَدَا مَحلِّ الإِذْنِ يَبْقَى على أَصْلِ التَّحْرِيمِ . فإن كان المُعَارُ أَرْضًا ، لم يكُنْ له أن يَغْرِسَ ، ولا يَبْنِىَ ، ولا يَزْرَعَ بعدَ الوَقْتِ أو الرُّجُوعِ ، فإن فَعَلَ شيئا من ذلك ، لَزِمَهُ قَلْعُ غَرْسِه وبِنَائِه ، وحُكْمُه حُكْمُ الغاصِبِ فى ذلك ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَيسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »[٣٥] . وعليه أَجْرُ ما اسْتَوْفاهُ من نَفْعِ الأَرْضِ على وَجْهِ العُدْوَانِ ، ويَلْزَمُه القَلْعُ ، وتَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ونَقْصُ الأَرْضِ ، وسائِرُ أحْكَامِ الغَصْبِ ؛ لأنَّه عُدْوانٌ .

فصل : فإن أَعارَهُ شيئا يَنْتَفِعُ[٣٦] به انْتِفَاعًا يَلْزَمُ من الرُّجُوعِ فى العَارِيَّةِ فى أَثْنَائِه ضَرَرٌ بالمُسْتَعِيرِ ، لم يَجُزْ له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ يَضُرُّ بِالمُسْتَعِيرِ ، فلم يَجُزْ له الإِضْرَارُ

---

(٣٤) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٥٨ .

(٣٦) فى ا ، ب ، م : « لينتفع » .

به ، مثل أن يُعِيره لَوْحًا يَرْقَعُ به سَفِينَتَهُ ، فَرَقَعَها به ، ولَجَّجَ بها فى البَحْرِ ، لم يَجُزِ الرُّجوعُ ما دَامَتْ فى البَحْرِ ، وله الرُّجوعُ قبلَ دُخولِها فى البَحْرِ ، وبعدَ الخُرُوجِ منه ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ فيه . وإن أعارَهُ أَرْضًا لِيَدْفِنَ فيها ، فله الرُّجوعُ ما لم يَدْفِنْ فيها . فإذا دَفَنَ لم يكُنْ له الرُّجُوعُ ، ما لم يَبْلَ المَيِّتُ . وإن أعارَهُ حَائِطًا لِيَضَعَ عليه أَطْرَافَ خَشَبِه ، جازَ ، كما تجوزُ إعارَةُ الأَرْضِ لِلْبِنَاءِ والغِرَاسِ ، وله الرُّجُوعُ ما لم يَضَعْهُ ، وبعدَ وَضْعِه ما لم يَبْنِ عليه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فيه ، فإن بَنَى عليه ، لم يَجُزِ الرُّجوعُ ؛ لما فى ذلك من هَدْمِ البِنَاءِ . وإن قال : أنا أَدْفَعُ إليك أَرْشَ ما نَقصَ بالقَلْعِ . لم يَلْزَمِ المُسْتَعِيرَ ذلك ؛ لأنَّه إذا قَلَعَهُ انْقَلَعَ ما فى مِلْكِ المُسْتَعِيرِ منه[37] . ولا يَجِبُ على المُسْتَعِيرِ قَلْعُ شَىءٍ من مِلْكِه بِضَمَانِ القِيمَةِ . وإن انْهَدَمَ الحائِطُ وزَالَ الخَشَبُ عنه ، أو أزَالَهُ المُسْتَعِيرُ باخْتِيَارِه ، لم يَمْلِكْ إعَادَتَهُ ، سواءٌ بَنَى الحائِطَ بآلَتِه أو بغيرِها ؛ لأنَّ العارِيَّةَ لا تَلْزَمُ ، وإنَّما امْتَنَعَ الرُّجُوعُ قبلَ انْهِدَامِه ؛ لما فيه من الضَّرَرِ بالمُسْتَعِيرِ ، بإزَالَةِ المَأْذُونِ فى وَضْعِه ، وقد زَالَ ذلك . وكذلك إذا سَقَطَ الخَشَبُ والحائِطُ بحَالِه . وإن أعارَهُ أَرْضًا لِزِرَاعَةِ شىءٍ ، فله الرُّجوعُ ما لم يَزْرَعْ ، فإذا زَرَعَ لم يَمْلِكِ[38] الرُّجوعَ فيها إلى أن يَنْتَهِىَ الزَّرْعُ . فإن بَذَلَ له قِيمَةَ الزَّرْعِ لِيَمْلِكَه ، لم يكُنْ له ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ له وَقْتًا يَنْتَهِى إليه . فإن كان ممَّا يُحْصَدُ قَصِيلًا[39] ، فله الرُّجُوعُ فى وَقْتِ إمْكَانِ حَصَادِه ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ فيه ، وإن لم يكُنْ كذلك ، لم يكُنْ له الرُّجوعُ حتى يَنْتَهِىَ . وإن أَذِنَ له فى البِناءِ والغِرَاسِ فيها ، فله الرُّجُوعُ قبلَ قَلْعِه . فإذا غَرَسَ وبَنَى ، فلِلْمَالِكِ الرُّجوعُ فيما بين الغِرَاسِ والبِنَاءِ ؛ ولأنَّه لم يَتَعلَّقْ به مِلْكُ المُسْتَعِيرِ ، ولا ضَرَرَ عليه فى الرُّجُوعِ فيه[40] ، فأشْبَهَ ما لو لم يَبْنِ فى الأَرْضِ شيئا ، ولم يَغْرِسْ فيها . ثم إن اخْتَارَ المُسْتَعِيرُ أَخْذَ بِنَائِه وغِرَاسِه ، فله

---

(٣٧) فى الأصل : « من ذلك » .

(٣٨) فى ب : « يكن له » .

(٣٩) أى مرة بعد أخرى .

(٤٠) سقط من : ب . وفى الأصل ، م : « منه » .

ذلك ؛ لأنَّه مِلْكُه فملَكَ نَقْلَه . (٤١ولا يَلْزَمُه٤١) تَسْوِيَةُ الحَفْرِ . ذَكَرَهُ القَاضِى ؛ لأنَّ المُعِيرَ(٤٢) رَضِىَ بذلك حيث أعَارَه ، مع عِلْمِه بأنَّ له قَلْعَ غَرْسِه . ويَحْتَمِلُ أنَّ عليه تَسْوِيَةَ الحَفْرِ ؛ لأنَّ القَلْعَ باخْتِيَارِه ، فإنَّه(٤٣) لو امْتَنَعَ منه لم يُجْبَرْ عليه ، فلَزِمَهُ تَسْوِيَةُ
٤/٢٠٧ظ الأرضِ(٤٤) ، كما لو خَرَّبَ أرْضَه التى لم / يَسْتَعِرْهَا . وإن أَبَى القَلْعَ ، فبَذَلَ له المُعِيرُ ما يَنْقُصُ بالقَلْعِ ، أو قِيمَةَ غِرَاسِه وبِنَائِه قَائِمًا ، لِيَأْخُذَه المُعِيرُ ، أُجْبِرَ المُسْتَعِيرُ عليه ؛ لأنَّه رُجُوعٌ فى العارِيَّةِ من غير إضْرَارٍ . وإن قال المُسْتَعِيرُ : أنا أدْفَعُ قِيمَةَ الأرْضِ لِتَصِيرَ لى . لم يكُنْ له ؛ لأنَّ الغِرَاسَ تابعٌ ، والأرْضَ أصْلٌ ، ولذلك يَتْبَعُها الغِرَاسُ والبِنَاءُ فى البَيْعِ ، ولا تَتْبَعُهُما ، وبهذا كلِّه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفَةَ ، ومالِكٌ : يُطَالِبُ المُسْتَعِيرَ بالقَلْعِ من غيرِ ضَمَانٍ ، إلَّا أن يكونَ أعَارَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، فرَجَعَ(٤٥) فيها قبل انْقِضَائِها ؛ لأنَّ المُعِيرَ لم يَغُرَّهُ ، فكان عليه القَلْعُ ، كما لو شَرَطَ عليه . ولَنا ، أنَّه بَنَى وغَرَسَ بإذْنِ المُعِيرِ ، من غير شَرْطِ القَلْعِ ، فلم يَلْزَمْهُ القَلْعُ من غيرِ ضَمَانٍ ، كما لو طَالَبَهُ قبلَ انْقِضَاءِ الوَقْتِ . وقولُهم : لم يَغُرَّهُ . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّ الغِرَاسَ والبِنَاءَ يُرَادُ للتَّبْقِيَة ، وتَقْدِيرُ المُدَّةِ يَنْصرِفُ إلى ابْتِدَائِه ، كأنَّه قال له(٤٦) : لا تَغْرِسْ بعدَ هذه المُدَّةِ . فإن امْتَنَعَ المُعِيرُ من دَفْعِ القِيمَةِ وأرْشِ النَّقْصِ ، وامْتَنَعَ المُسْتَعِيرُ(٤٧) من القَلْعِ ودَفْعِ الأجْرِ(٤٨) ، لم يُقْلَعْ ؛ لأنَّ الإعَارَةَ تَقْتَضِى الانْتِفَاعَ من غير ضَمَانٍ ، والإذْنُ فيما يَبْقَى على الدَّوَامِ وتَضُرُّ إزَالَتُه رِضًى بالإبْقَاءِ ، وقولُ النبىِّ ﷺ : « لَيسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ » . يَدُلُّ بمَفْهُومِه على أن العِرْقَ الذى ليس بِظَالِمٍ له حَقٌّ ، فعندَ ذلك ، إن اتَّفَقَا على البَيْعِ ،

(٤١ – ٤١) فى م : « ويلزمه » .
(٤٢) فى الأصل ، م : « المستعير » .
(٤٣) فى ا : « لأنه » .
(٤٤) فى م : « الحفر » .
(٤٥) فى الأصل ، ا ، ب : « فيرجع » .
(٤٦) سقط من : ا .
(٤٧) فى الأصل : « المفلس » . وسقطت الكلمة من : م .
(٤٨) فى م : « الأجرة » .

بيعَتِ الأَرْضُ بغِرَاسِها ، ودُفِعَ إلى كلِّ واحدٍ منهما قَدْرُ حقِّه ، فيُقال : كم قِيمَةُ الأَرْضِ غيرَ مَغْرُوسَةٍ ولا مَبْنِيَّةٍ ؟ فإذا قِيلَ عَشَرَة . قُلْنا : وكم تُسَاوِى مَغْرُوسَةً ومَبْنِيَّةً ؟ فإن قالوا : خَمْسَةَ عَشَرَ . قُلْنا : فَلِلْمُعِيرِ ثُلُثَا الثَّمَنِ ، ولِلْمُسْتَعِيرِ ثُلُثُه . وإن امْتَنَعا من[49] البَيْعِ ، بَقِيَا على حَالِهِما ، ولِلْمُعِيرِ دُخُولُ أَرْضِه كيفَ شَاءَ ، والانْتِفاعُ بها بما لا يَضُرُّ الغِرَاسَ والبِنَاءَ ، ولا يَنْتَفِعُ بهما ، وليس لِصَاحِبِ الغِرَاسِ والبِنَاءِ الدُّخُولُ إلَّا لِحَاجَةٍ ، مثل السَّقْيِ وإصْلَاحِ الثَّمَرَةِ ؛ لأنَّ الإِذْنَ فى الغِرَاسِ إذْنٌ فيما يَعُودُ بِصَلَاحِه ، وأَخْذِ ثِمَارِهِ ، وسَقْيِه . وليس له دُخُولُها لِلتَّفَرُّجِ ؛ لأنَّه قد رَجَعَ فى الإِذْنِ له . ولكلِّ واحِدٍ منهما بَيْعُ ما يَخْتَصُّ به من المِلْكِ مُنْفَرِدًا ، فيكونُ لِلْمُشْتَرِى مثلُ ما كان لِبَائِعِه . وقال بعضُ أصْحابِ الشَّافِعِيِّ : ليس لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُ الشَّجَرِ ؛ لأنَّ مِلْكَه فيه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، بِدَلِيلِ أنَّ لِلْمُعِيرِ أَخْذَهُ متى شَاءَ بِقِيمَتِه . قُلْنا : عَدَمُ اسْتِقْرَارِهِ لا يَمْنَعُ بَيْعَهُ ، بِدَلِيلِ الشِّقْصِ المَشْفُوعِ والصَّدَاقِ قبل الدُّخُولِ . وفى جَمِيعِ هذه المَسَائِلِ ، متى كان المُعِيرُ شَرَطَ على المُسْتَعِيرِ القَلْعَ عند رُجُوعِه ، ورَدَّ العَارِيَّةِ غيرَ مَشْغُولَةٍ ، لَزِمَهُ ذلك ؛ لأنَّ المسلمين على شُرُوطِهِم ، ولأنَّ العَارِيَّةَ مُقَيَّدَةٌ غيرُ مُطْلَقَةٍ ، فلم تَتَنَاوَلْ ما عدا المُقَيَّدِ ؛ لأنَّ المُسْتَعِيرَ دَخَلَ فى العَارِيَّةِ رَاضِيًا بِالْتِزَامِ الضَّرَرِ الدَّاخِلِ عليه بالقَلْعِ ، وليس على صَاحِبِ الأَرْضِ ضَمَانُ نَقْصِه . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وأمَّا تَسْوِيَةُ الحُفَرِ الحاصِلَةِ بالقَلْعِ[50] فإذا كانتْ مَشْرُوطةً عليه ، لَزِمَه ؛ لما ذَكَرْنا ، وإلَّا لم يَلْزَمْ ؛ لأنَّه رَضِىَ بضَرَرِ القَلْعِ[50] من الحَفْرِ ونحوِه ، حيثُ اشْتَرَطَ القَلْعَ . ولم يَذْكُرْ أصْحَابُنا على المُسْتَعِيرِ أجْرًا فى شىءٍ من هذه المَسَائِلِ ، إلَّا فيما إذا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِلزَّرْعِ ، فزَرَعَها ، ثم رَجَعَ المُعِيرُ فيها قبلَ كَمَالِ الزَّرْعِ ، فإنَّ عليه أَجْرَ مِثْلِه ، من / حينَ رَجَعَ المُعِيرُ ؛ لأنَّ الأَصْلَ جَوازُ الرُّجُوعِ ، ٢٠٨/٤و وإنَّما مُنِعَ من القَلْعِ لما فيه من الضَّرَرِ ، ففى دَفْعِ الأَجْرِ جَمْعٌ بينَ الحَقَّيْنِ ، فيُخَرَّجُ فى سائِرِ المسائِلِ مثلُ هذا ، لوُجُودِ هذا المَعْنَى فيه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ الأَجْرُ فى شىءٍ

---

(٤٩) فى ب ، م : « عن » .

(٥٠ - ٥٠) سقط من : م .

من المَوَاضِعِ ؛ لأنَّ حُكْمَ العارِيَّةِ باقٍ فيه ، لكَوْنِها صارَتْ لَازِمَةً لِلضَّرَرِ اللَّاحِقِ بِفَسْخِها ، والإعَارَةُ تَقْتَضِى الانْتِفَاعَ بغيرِ عِوَضٍ .

فصل : وإذا اسْتعارَ دَابَّةً لِيَرْكَبَها ، جَازَ ؛ لأنَّ إجَارَتَها لذلك جَائِزَةٌ ، والإعَارَةُ أَوْسَعُ ، لِجَوَازِها فيما لا تجوزُ إجَارَتُه ، مثل إعَارَةِ الكَلْبِ لِلصَّيْدِ . فإن اسْتَعارَهَا إلى مَوْضِعٍ ، فجاوَزَهُ[51] ، فقد تَعدَّى ، وعليه الأُجْرَةُ لِلزِّيَادَةِ خاصَّةً . فإذا اسْتَعارَها إلى طَبَرِيَّة ، فتَجَاوَزَ إلى القُدْسِ ، فعليه أَجْرُ ما بين طَبَرِيَّة والقُدْس خاصَّة . وإن اخْتَلَفَا ، فقال المالِكُ : أَعَرْتُكَها إلى طَبَرِيَّةَ . وقال المُسْتَعِيرُ : أَعَرْتَنِيهَا إلى القُدْسِ . فالقولُ قولُ المالِكِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ . وقال مالِكٌ : إن كان يُشْبِهُ ما قال المُسْتَعِيرُ ، فالقولُ قولُه ، وعليه الضَّمَانُ . ولَنا ، أنَّ المالِكَ مُدَّعًى عليه ، فكان القولُ قولَه ، لقولِ النبىِّ ﷺ : « لٰكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »[52] .

فصل : ومن اسْتَعَارَ شيئا ، فانْتَفَعَ به ، ثم ظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فَلِمَالِكِه أَجْرُ مِثْلِه ، يُطَالِبُ به مَنْ شاءَ منهما ، فإن ضَمِنَ المُسْتَعِيرُ ، رَجَعَ على المُعِيرِ بما غَرِمَ ؛ لأنَّه غَرَّهُ بذلك وغَرَّمَهُ ، (53لأنَّه دَخَلَ على أن لا أجْرَ عليه53) . وإن رَجَعَ على المُعِيرِ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، فإنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عليه . قال أحمدُ ، فى قَصَّارٍ دَفَعَ ثَوْبًا إلى غير صَاحِبه ، فلَبِسَه ، فالضَّمَانُ على القَصَّارِ دُونَ اللَّابِسِ . وإن تَلِفَ فالقِيمَةُ تَسْتَقِرُّ على المُسْتَعِيرِ ؛ لأنَّه دَخَلَ على العَيْنِ مَضْمُونةً عليه . فإن ضَمِنَ المُعِيرُ ، رَجَعَ على المُسْتَعِيرِ ، وإن ضَمِنَ المُسْتَعِيرُ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عليه . وإن نَقَصَتِ العَيْنُ بالاسْتِعْمالِ ، انْبَنَى على ضَمَانِ النَّقْصِ ، فإن قُلْنا : هو على المُسْتَعِيرِ . فَحُكْمُه حُكْمُ

---

(٥١) فى الأصل ، ا : « فتجاوزه » .

(٥٢) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(٥٣–٥٣) سقط من : الأصل . وفى ب ، م : « لا أجر له » .

القِيمَةِ . وإن قُلْنا : هو على المُعِيرِ . فهو كالأَجْرِ . على ما بَيَّنّاهُ .

فصل : وإذا حَملَ السَّيْلُ بَذْرَ رَجُلٍ من أَرْضِه إلى أَرْضِ غيرِه ، فنَبَتَ فيها ، لم يُجْبَرْ على قَلْعِه . وقال أصْحَابُ الشّافِعِيِّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ : يُجْبَرُ على ذلك ، إذا طَالَبَهُ رَبُّ الأَرْضِ به ؛ لأَنَّ مِلْكَهُ حَصَلَ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فأَشْبَهَ ما لو انْتَشَرَتْ أغْصَانُ شَجَرَتِه فى هَوَاءِ مِلْكِ جَارِه . ولَنا ، أَنَّ قَلْعَهُ إتْلَافٌ لِلمَالِ على مالِكِه[54] ، ولم يُوجَدْ منه تَفْرِيطٌ ، ولا يَدُومُ ضَرَرُه ، فلا يُجْبَرُ على ذلك ، كما لو حَصَلَتْ دَابَّتُه فى دارِ غيرِه على وَجْهٍ لا يُمْكِنُ خُرُوجُها إلَّا بِقَلْعِ البابِ أو قَتْلِها ، فإنَّنا لا نُجْبِرُه على قَتْلِها . ويُفَارِقُ أغْصَانَ الشَّجَرَةِ ، فإنَّه يَدُومُ ضَرَرُه ، ولا يُعْرَفُ قَدْرُ ما يَشْغَلُ من الهَوَاءِ فيُؤَدِّى أَجْرَهُ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يُقَرُّ فى الأَرْضِ إلى حِينِ حَصَادِه بأَجْرِ مِثْلِه . وقال القاضى : ليس عليه أَجْرٌ ؛ لأنَّه حَصَلَ فى أرْضِ غيرِه بغيرِ تَفْرِيطِه ، فأَشْبَهَ ما لو باتَتْ دَابَّتُه فى أَرْضِ إنْسَانٍ بغيرِ تَفْرِيطِه . وهذا بَعِيدٌ ؛ لأَنَّ إلْزَامَهُ تَبْقِيَةَ زَرْعٍ ما أَذِنَ فيه ، (55 فى أرْضِه 55) ، بغيرِ أجْرٍ ولا انْتِفَاعٍ ، إضْرَارٌ به ، وشَغْلٌ لِمِلْكِه بغيرِ اخْتِيَارِه ، من غيرِ عِوَضٍ ، فلم يَجُزْ ، كما لو أرادَ إبْقَاءَ بَهِيمَتِه فى دارِ غيرِه عَامًا . ويُفَارِقُ مَبِيتَها ؛ لأَنَّ ذلك لا يُجْبَرَ المالِكُ عليه ، ولا يُمْنَعُ من إخْرَاجِها ، فإذا تَرَكَها اخْتِيارًا منه ، كان رَاضِيًا به ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنا . ويكونُ الزَّرْعُ لِمَالِكِ البَذْرِ ؛ لأنَّه من عَيْنِ مَالِه . ويَحْتَملُ أن يكونَ حُكْمُ هذا الزَّرْعِ / حُكْمَ زَرْعِ الغاصِبِ ، على ما سَنَذْكُرُه ؛ لأنَّه حَصَلَ فى أَرْضِه بغيرِ إذْنِه ، فأَشْبَهَ ما لو زَرَعَهُ مَالِكُه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأَنَّ هذا بغيرِ عُدْوَانٍ ، وقد أَمْكَنَ جَبْرُ حَقِّ مالِكِ الأَرْضِ ، بِدَفْعِ الأَجْرِ إليه . وإن أَحَبَّ مالِكُه قَلْعَه ، فله ذلك ، وعليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، وما نَقَصَتِ الأَرْضُ ؛ لأنَّه أدْخَلَ النَّقْصَ على مِلْكِ غيرِه ، لِاسْتِصْلَاحِ مِلْكِه ، فأَشْبه المُسْتَعِيرَ . ٢٠٨/٤ظ

وأمَّا إن كان السَّيْلُ حَمَلَ نَوًى ، فنَبَتَ شَجَرًا فى أرْضِ غيرِه ، كالزَّيْتُونِ والنَّخِيلِ ونحوِه ، فهو لِمَالِكِ النَّوَى ؛ لأنَّه من نَمَاءِ مِلْكِه ، فهو كالزَّرْعِ ، ويُجْبَرُ على قَلْعِه هـٰهُنا ؛ لأَنَّ

---

(54) فى م : « ملكه » .

(55–55) سقط من : ب .

ضَرَرُه يَدُومُ ، فأُجْبِرَ على إزالَتِه ، كأَغْصانِ الشَّجَرَةِ المُنْتَشِرَةِ فى هَوَاءِ مِلْكِ غيرِ مَالِكِهَا . وإن حَمَلَ السَّيْلُ أَرْضًا بِشَجَرِهَا ، فنَبَتَتْ فى أَرْضٍ آخَرَ كما كانت ، فهى لِمَالِكِها ، يُجْبَرُ على إزالَتِها ، كما ذَكَرْنا . وفى كلِّ ذلك ، إذا تَرَكَ صاحِبُ الأَرْضِ المُنْتَقِلَةِ (٥٦أو الشَّجَرِ ٥٦) أو الزَّرْعِ ذلك لِصَاحِبِ الأَرْضِ التى انْتَقَلَ إليها ، لم يَلْزَمْهُ نَقْلُه ولا أَجْرٌ ، ولا غيرُ ذلك ؛ لأنَّه حَصَلَ بغيرِ تَفْرِيطِه ولا عُدْوَانِه ، وكانت الخِيَرَةُ إلى صَاحِبِ الأَرْضِ المَشْغُولَةِ به ، إن شاءَ أَخَذَهُ لِنَفْسِه ، وإن شاءَ قَلَعَهُ .

فصل : وإذا اخْتَلَفَ رَبُّ الدَّابَّةِ ورَاكِبُها ، فقال الرَّاكِبُ : هى عارِيَّةٌ . وقال المالِكُ : بل اكْتَرَيْتَها (٥٧) . فإن كانت الدَّابَّةُ باقِيَةً (٥٨لم تَنْقُصْ ٥٨) ، لم يَخْلُ مِن أن يكونَ الاخْتِلَافُ عَقِيبَ العَقْدِ ، أو بعد مُضِىِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِها أَجْرٌ ، فإن كان عَقِيبَ العَقْدِ ، فالقولُ قولُ الرَّاكِبِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ عَقْدِ الإجارَةِ ، وبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الرَّاكِبِ منها ، فيَحْلِفُ ، ويَرُدُّ الدَّابَّةَ إلى مَالِكِها ؛ لأنَّها عَارِيَّةٌ . وكذلك إن ادَّعَى المالِكُ أنَّها عَارِيَّةٌ . وقال الرَّاكِبُ : بل اكْتَرَيْتُها ، فالقولُ قولُ المالِكِ مع يَمِينِه ؛ لما ذَكَرْنا . وإن كان الاخْتِلَافُ بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِها أَجْرٌ ، فادَّعَى المالِكُ الإجارَةَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . وحُكِىَ ذلك عن مالِكٍ . وقال أَصْحَابُ الرَّأْىِ : القولُ قولُ الرَّاكِبِ . وهو مَنْصُوصُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّهما اتَّفَقَا على تَلَفِ المَنَافِعِ على مِلْكِ الرَّاكِبِ ، وادَّعَى المالِكُ عِوَضًا لها ، والأَصْلُ عَدَمُ وُجُوبِه . وبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الرَّاكِبِ منه ، فكان القولُ قولَه . ولَنا ، أنَّهما اخْتَلَفَا فى كَيْفِيَّةِ انْتِقَالِ المَنَافِعِ إلى مِلْكِ الرَّاكِبِ ، فكان القولُ قولَ المالِكِ ، كما لو اخْتَلَفَا فى عَيْنٍ ، فقال المالِكُ : بِعْتُكَها . وقال الآخَرُ : وَهَبْتَنِيهَا . ولأنَّ المنافِعَ تَجْرِى مَجْرَى الأَعْيانِ ، فى المِلْكِ والعَقْدِ عليها ، ولو اخْتَلَفَا فى الأَعْيانِ ، كان القولُ قولَ المالِكِ ، كذا هـٰهُنا . وما

(٥٦ – ٥٦) سقط من : ا .

(٥٧) فى الأصل : « أكريتها » .

(٥٨ – ٥٨) سقط من : ا ، ب ، م .

ذَكَرُوه يَبْطُلُ بهذه المَسْأَلَةِ . ولأنَّهما اتَّفقَا على أنَّ المَنافِعَ لا تَنْتقِلُ إلى الرّاكِبِ إلَّا بِنَقْلِ المالِكِ لها ، فيكونُ القولُ قولَه فى كَيْفِيَّةِ الانْتِقَالِ ، كالأَعْيانِ ، فيَحْلِفُ المالِكُ ، ويَسْتَحِقُّ الأَجْرَ . وفى قَدْرِه وَجْهَانِ ؛ أحدهما : أَجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّهما لو اتَّفقَا على وُجُوبه ، واخْتَلَفَا فى قَدْرِه ، وَجبَ أَجْرُ المِثْلِ ، فمع الاخْتِلَافِ فى أصْلِه أَوْلَى . والثانى : المُسَمَّى ؛ لأنَّه وَجَبَ بِقَوْلِ المالِكِ ويَمِينِه ، فوَجَبَ ما حَلَفَ عليه ، كالأَصْلِ . وإن كان اخْتِلَافُهُما فى أثْنَاء المُدَّةِ ، فالقولُ قولُ الرّاكِبِ فيما مَضَى منها[59] ، والقولُ قولُ المُسْتَعِيرِ فيما بَقِىَ ؛ (60لأنَّ ما بَقِىَ60) بمَنْزِلَةِ ما لو اخْتَلَفَا عَقِيبَ العَقْدِ . وإن ادَّعَى المالِكُ فى[61] هذه الصُّورَةِ أنَّها عَارِيَّةٌ . وادَّعَى الرَّاكِبُ أنَّها بأَجْرٍ ، فالرّاكِبُ يَدَّعِى اسْتِحْقَاقَ المَنافِعِ ، ويَعْتَرِفُ بالأَجْرِ لِلْمالِكِ ، والمالِكُ يُنْكِرُ ذلك كلَّه ، فالقولُ / قولُه مع يَمِينِه ، فيَحْلِفُ ، ويَأْخُذُ بَهِيمَتَه . وإن اخْتَلَفَا فى ذلك بعدَ تَلَفِ البَهِيمَةِ قبلَ مُضِىِّ مُدَّةٍ لمِثْلِها أَجْرٌ ، فالقولُ قولُ المالِكِ ، سواءٌ ادَّعَى الإِجَارَةَ أو الإِعَارَةَ ؛ لأنَّه إنِ ادَّعَى الإجَارَةَ ، فهو مُعْتَرِفٌ لِلرَّاكِبِ بِبَراءَةِ ذِمَّتِه مِن ضَمَانِها ، فيُقْبَلُ إقْرارُه على نَفْسِه ، وإن ادَّعَى الإِعَارَةَ ، فهو يَدَّعِى قِيمَتَها ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّهما اخْتَلَفَا فى صِفَةِ القَبْضِ ، والأَصْلُ فيما يَقْبِضُه الإنْسَانُ من مالِ غيرِه الضَّمَانُ ، لقولِ النبىِّ ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » . فإذا حَلَفَ المالِكُ ، اسْتَحَقَّ القِيمَةَ ، والقولُ فى قَدْرِهَا قولُ الرّاكِبِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه يُنْكِرُ الزِّيَادَةَ المُخْتَلَفَ فيها ، والأَصْلُ عَدَمُها . وإن اخْتَلَفَا فى ذلك بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ لمِثْلِها أَجْرٌ ، وتَلَفِ البَهِيمَةِ ، وكان الأَجْرُ بقَدْرِ قِيمَتِها ، أو كان ما يَدَّعِيه المالِكُ منهما أَقَلَّ ممَّا يَعْتَرِفُ به الرَّاكِبُ ، فالقولُ قولُ المالِكِ بغيرِ يَمِينٍ ، سواءٌ ادَّعَى الإجَارَةَ أو الإِعَارَةَ ، إذ لا فائِدَةَ فى اليَمِينِ على شىءٍ يَعْتَرِفُ له به . ويَحْتَمِلُ أن لا يَأْخُذَه إلَّا بِيَمِينٍ ؛ لأنَّه يَدَّعِى شيئًا لا يُصَدَّقُ فيه ، ويَعْتَرِفُ ٤/٢٠٩و

(٥٩) سقط من : الأصل .

(٦٠ – ٦٠) سقط من : الأصل ، ب . نقلة نظر .

(٦١) سقط من : م .

له الرَّاكِبُ بما يَدَّعِيه ، فيَحْلِفُ على ما يَدَّعِيهِ . وإن كان ما يَدَّعِيه المالِكُ أَكْثَرَ ، مثل إن كانت قِيمَةُ البَهِيمَةِ أَكْثَرَ من أَجْرِهَا ، فادَّعَى المالِكُ أنَّها عارِيَّةٌ ، لِتَجِبَ له القِيمَةُ ، وأنْكَرَ اسْتِحْقَاقَ الأُجْرَةِ ، وادَّعَى الرَّاكِبُ أنَّها مُكْتَرَاةٌ ، أو كان الكِرَاءُ أَكْثَرَ من قِيمَتِها فادَّعَى المالِكُ أنَّه أَجَرَها ، لِيَجِبَ له الكِرَاءُ ، وادَّعَى الرَّاكِبُ أنَّها عارِيَّةٌ ، فالقولُ قولُ المالِكِ فى الصُّورَتَيْنِ ؛ لما قَدَّمْنَا ، فإذا حَلَفَ ، اسْتَحَقَّ ما حَلَفَ عليه . ومَذْهَبُ الشّافِعِىِّ فى هذا كلِّه نحوُ ما ذَكَرْنَا .

فصل : وإن قال المالِكُ : غَصَبْتَها . وقال الرّاكِبُ : بل أَعَرْتَنِيهَا . فإن كان الاخْتِلَافُ عَقِيبَ العَقْدِ ، والدَّابَّةُ قائِمَةٌ لم يَتْلَفْ منها شىءٌ ، فلا مَعْنَى للاخْتِلَافِ ، ويأْخُذُ المالِكُ بَهِيمَتَه ، وكذلك إن كانت الدّابّةُ تَالِفَةً ؛ لأنَّ القِيمَةَ تَجِبُ على المُسْتَعِيرِ ، كَوُجُوبِها على الغاصِبِ . وإن كان الاخْتِلَافُ بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِها أَجْرٌ ، فالاخْتِلَافُ فى وُجُوبِه ، والقولُ قولُ المالِكِ . وهذا ظاهِرُ قولِ الشّافِعِىِّ . ونَقَلَ المُزَنِىُّ عنه أنَّ القولَ قولُ الرَّاكِبِ ؛ لأنَّ المالِكَ يَدَّعِى عليه عِوَضًا ، الأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِه منه ، ولأنَّ الظَّاهِرَ من اليَدِ أنَّها بحَقٍّ ، فكان القولُ قولَ صَاحِبِها . ولَنا ، ما قَدَّمْنَا فى الفَصْلِ الذى قبلَ هذا ، بل هذا أَوْلَى ، لأنَّهما ثَمَّ اتَّفَقَا على أنَّ المَنَافِعَ مِلْكٌ لِلرَّاكِبِ ، وهٰهُنَا لم يَتَّفِقَا على ذلك ، فإنَّ المالِكَ يُنْكِرُ انْتِقَالَ المِلْكِ فيها إلى الرّاكِبِ ، والرَّاكِب يَدَّعِيهِ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الانْتِقَالِ ، فيَحْلِفُ ، ويَسْتَحِقُّ الأَجْرَ . وإن قال المالِكُ : غَصَبْتَها[٦٢] . وقال الرّاكِبُ : أَجَرْتَنِيهَا . فالاخْتِلَافُ هٰهُنا فى[٦٣] وُجُوبِ القِيمَةِ ؛ لأنَّ الأَجْرَ يَجِبُ فى المَوْضِعَيْنِ ، إلَّا أن يَخْتَلِفَ المُسَمَّى وأَجْرُ المِثْلِ ، والقولُ قولُ المالِكِ مع يَمِينِه ، فإن كانت الدَّابَّةُ تَالِفَةً عَقِيبَ أَخْذِها ، حَلَفَ وأَخَذَ قِيمَتَها ، وإن

---

(٦٢) فى الأصل : « غصبتنيها » .

(٦٣) فى الأصل : « إلى » . وليس فى : ب ، م . ولعل الصواب ما أثبتناه .

كانت قد بَقِيَتْ مُدَّةٌ لِمِثْلِها أَجْرٌ ، والمُسَمَّى بِقَدْرِ أجْرِ المِثْـلِ ، أَخَـذَهُ المالِكُ ؛ لِاتِّفَاقِهِمَا على اسْتِحْقَاقِه ، وكذلك إن كان أَجْرُ المِثْلِ دُونَ المُسَمَّى . وفى اليَمِينِ وَجْهَانِ . وإن كان زَائِدًا على المُسَمَّى ، لم يَسْتَحِقَّه إلَّا بِيَمِينٍ ، وَجْهًا واحِدًا .